

论地方团体法人的基本权利能力^{*}

王建学

摘 要: 宪法实践自晚近以来逐渐有条件地承认地方团体法人的基本权利能力。地方团体法人及其事务权以基本权利的形式获得宪法保障,这带来了中央与地方关系的深刻变革,表明央地关系法治化进入宪法层次。我国宪法规范虽然也设定了较为广泛的基本权利主体范围,但由于“公法人”观念的缺乏,以及国家与地方事权划分的不明确,地方远谈不上基本权利能力的问题。我国有必要充分借鉴比较法的经验,塑造地方团体法人及其独立的权利能力,逐渐在宪法层面发展地方团体法人的权利保障机制,从而在根本意义上实现央地关系的法治化。

关键词: 公法人; 地方团体法人; 基本权利能力; 中央与地方关系法治化

在近代以来的宪法理论与实践,自然人(尤指具备公民身份者)一直被作为基本权利主体,法人的基本权利能力则存在诸多疑义。从 19 世纪后半叶以来,私法人的基本权利能力逐渐获得各国宪法体制与学说的公认,^①但公法人的基本权利能力则成为一个最为困难的问题,伴随着各国的地方制度法治化的发展情势,公法人的基本权利能力问题集中地表现于地方团体法人。本文以地方团体法人为例,结合比较法,分析公法人的基本权利能力,以求对我国中央与地方关系法治化有所借鉴。我国目前的宪法理论总是割裂研究基本权利法与地方制度法,在此意义上,本文试图打通二者之间的隔膜。

一、地方团体法人的基本权利实践

基本权利能力在根本上来源于宪法规范的客观认可。法国著名宪法学家法沃赫(Louis Favoreu)教授提出,“基本权利,简单地说,就是指通过宪法规范和(或)欧盟法与国际法规范获得保障的权利与自由,……所有的基本权利,都受到宪法和(或)国际法(或欧盟法)的保障,而不论它的基本性程度如何,而凡是未在宪法或国际法(或欧盟法)规范中获得承认的权利与自由都不是基本权利。”^②因此,基于客观^③的规范立场,对地方团体法人基本权利能力的分析要从宪法规范和国际法规范开始。

(一) 宪法规范的承认

以乡镇市为代表的基层团体法人早在近代宪法中就曾获得基本权利主体资格。如 19 世纪初叶德

作者简介: 王建学,法学博士,厦门大学法学院助理教授。

^{*} 中央高校基本科研业务费专项资金资助,项目编号: 2010221006。

^① 在美国,从 1881 年开始,联邦最高法院通过“圣克拉拉县诉南太平洋铁路公司”案首次把第 14 条修正案的平等保护条款适用于公司。在德国,《基本法》创造性地规定“基本权利亦适用于国内法人,但以依其性质得适用者为限”(第 19 条第 3 款)。在法国,宪法委员会在 1982 年 1 月 16 日国有化案的判决中明确地宣布“平等原则之适用于法人并不少于其适用于自然人”,此外,宪法委员会还将基本权利能力扩张适用于社团、工会、私立教育机构等其他私法人。当然,法人的基本权利能力要受其“本质”的限制,与自然人的伦理和生理紧密相关的领域,如人身自由、婚姻、家庭等方面,法人不具备基本权利能力,这自然没有疑义。

^② Louis Favoreu, Patrick Gaia, Richard Ghevontian, Jean - Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, *Droit Constitutionnel*, Paris: Dalloz(2008), p. 788.

^③ 所谓“客观”,是指以宪法规范之认可作为判别基本权利的标准,而非研究者对权利之基本性的主观判断。据此,笔者亦不接受对宪法确认的基本权利进行基本与非基本的层次划分。

国各邦立宪之始,就已经将乡镇市连同教会及大学等特定团体,视为等同于人民并与国家君权处于对抗态势之社会组织,一并赋予其类如人民之宪法保障地位。1849年拟订的《法兰克福帝国宪法草案》,更在“德国人民之基本权利”章中的第184条明文保障乡镇市之基本权利,而1919年《魏玛宪法》仍沿此旧例,在第二编于人民基本权利之规范脉络中,以第127条和第153条第2项第4句分别保障地方自治团体的自治行政与财政权。^{[1] (P. 363)}这种宪法设计具有深厚的历史基础,因为在13世纪以来的西方政治实践中,城市就被普遍视为“法人团体”,^{[2] (P. 56)}而在中世纪以来的王权与教权统治中,城市则充当了维护个人自由、抵抗专制王(教)权的“堡垒”。只是在近代以来由于国君权力膨胀,公法学说转向了国家主权至上观,地方团体法人的独立性遭到否定,例如,法国虽亦具有悠久的地方自由传统,但由于近代以来持续的集权化,地方团体法人的基本权利能力问题直到第五共和国宪法才逐步呈现。

从20世纪中期开始,宪法规范开始大规模承认地方团体法人的基本权利能力。德国《基本法》不仅在第19条第3款将基本权利推及国内法人,更在第28条第2款明确规定“各乡镇在法定限度内自行负责处理地方团体一切事务之权利(Recht),应予保障。”据此,《联邦宪法法院法》第91条规定,“乡镇和乡镇联合体在联邦法律或者州法律违反基本法第28条的规定时,可提起宪法诉愿。”

其后,很多国家在制宪时都借鉴了德国《基本法》的规定。如葡萄牙宪法规定“任何团体均得享有并须履行与其性质相适应的权利和义务”(第12条第2款),并同时承认了地方团体法人在财政、资产等方面的独立利益。西班牙宪法在总纲确认了各地方的“自治权利”(第2条),并授权自治区的机关得向宪法法院提出违宪上诉以维护自治权利,西班牙宪法法院依其组织法将“裁决纠纷以保护地方自治”作为自身职责之一,即“受理市镇、省等就其自治权受侵害而提交的申诉,并决定涉案法律的合宪性”。^①匈牙利宪法在总纲中规定“国家支持以自愿结合为基础建立起来的合作社,并承认合作社的自主权。国家尊重自治政府的财产”(第12条),此外,该法更明确肯定了“各地方自治政府的基本权利一律平等”(第43条)。捷克宪法亦在基本原则章确认“自治领土单位的自治权利应予保障”(第8条)。

“权利”和“基本权利”成为宪法规范认可地方团体法人基本权利能力的表述方式,二者并无实质区别,因为凡是宪法中出现的“权利”都是受宪法保障的基本权利。在篇章结构上,以上条款不仅出现在宪法的基本权利部分,也出现在总纲、基本原则、地方(自治)制度部分,这并不影响地方团体法人的基本权利主体地位,因为基本权利条款并不必然出现在宪法的基本权利部分,例如,法国宪法的司法机关章有“任何人不得无故遭受拘禁”之规定(第66条),再如,美国宪法正文国会部分规定“不得通过公民权利剥夺法案或追溯既往的法律”(第1条第9款),这也被美国学者作为权利法案的组成部分。^②

(二) 宪法解释的实践

考虑到宪法规范的含义取决于宪法裁判中的进一步阐发,对宪法解释的考察是不可缺少的。宪法解释的实践呈现两种形态:在宪法条款已有规定的情况下,以宪法条款为基础来解释地方团体法人的基本权利能力及其条件;在宪法条款缺乏规定时,通过宪法解释来认可地方团体法人的基本权利能力。

就前者而言,德国联邦宪法法院的实践极为典型。以往的判例表明,乡镇曾借助宪法诉愿程序成功阻止了法律对其计划权的限制、对其名称的滥权性改变以及通过州法进行的新的区划或恢复原来的区划。^{[3] (P. 196)}但对于乡镇等地方团体法人的基本权利能力,联邦宪法法院则态度消极,在数则判例中认为,“原则上,公法人系在执行法律所赋予、规范之公共行政任务,基本权利依其本质,系与之相悖,爰无适用之效力。……职是,公设私法人从事公共任务者,亦无基本权利之保障可言。……反若公法人之任务功能可直接归属于特定基本权利所保障之人民生活领域,且公法人作为独立于国家外、或至少与国家保持距离之自主机构,有其存续性,则此等公法人即例外地拥有基本权利之主体地位。典型之特例,乃

① Powers of Constitutional Court [EB/OL]. http://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/competencias_ing.html, 2008-05-3.

② Ralph C. Chandler, Richard A. Enslen & Peter G. Renstrom. *Constitutional Law Dictionary: Individual Rights*. Santa Barbara, Calif.: ABC-Clío Informations Services (1985).

具公法上社团法人性质之教会、公立大学(与其学院)以及公法上之广播电视机构法人等三种公法人类型。”^[1] (P. 354) 可见,“公共任务”是联邦宪法法院概括否定地方团体法人基本权利能力的主要原因。

德国联邦宪法法院的态度似乎过于保守,在西班牙,宪法法院尽管未对地方团体法人的基本权利能力明确表态,但却宽松地认为,宪法权利保护程序(amparo)完全适用于包括地方团体法人在内的公法人。^① 在法国,最高行政法院通过2001年的沃奈勒镇(Commune de Venelles)案的判决首次将地方团体法人的自治承认为一项“基本权利”。^② 在2010年7月2日关于敦刻尔克市镇合并案的判决中,宪法委员会在合宪性先决程序中承认地方团体法人与个人一样拥有违宪抗辩权。^③ 因此,法国的情形即属于通过宪法解释扩大和补充基本权利主体的范围。

值得注意的是,德国巴伐利亚邦宪法法院与联邦宪法法院不同,在数则相关裁判中一再肯定该邦地方团体法人(尤其是乡镇市)原则上可能之基本权利能力,地方团体法人若执行国家委办事项或地方自治义务性任务之际,则属国家行政与公权力之一环,对于国家干预行为之违宪与否,不在基本权利保障之列,若其进行国库活动(即私经济行为)则可主张财产基本权利之保障^[1] (P. 365)。尽管其判决理由仍值商榷,但基本取向却比联邦宪法法院进步得多。

比较各国宪法解释实践之后可以认为,地方团体法人具有基本权利主体的地位,但这一地位随着宪法解释观点的不同而存在差异。

(三) 国际条约的承认

传统的国际人权公约仅集中于自然人的权利保障,通常不将法人包括在内,^④更不用说承担公共职能的公法人了。但在晚近的国际法实践中,这种情形略有松动。

1960年4月,在负责考虑和设想一部新的人权公约或是针对1950年《欧洲人权公约》的一个补充性的议定书时,欧洲委员会(Council of Europe)议会的法律委员会曾试图确认和保障地方自治权利,但后来由于欧委会部长委员会的沉默而不了了之。^⑤ 经过持续的努力,到了1985年欧洲范围内终于出现了一个以保障地方自治权为宗旨的国际条约——《欧洲地方自治宪章》。

《宪章》第3条将地方自治定义为,“地方团体在法律规定的范围内,确定并管理属于其各自职责内的、以本区域内居民的利益为目的的重要公共事务的权利和能力(the right and the ability, le droit et la capacité)。”该条同时规定,“此项权利应通过以直接、平等、普遍选举基础上实行秘密投票方式自由选出的议员组成的地方议会来行使。”此外,值得注意的是,《宪章》第2条要求尽可能由宪法来对地方自治原则予以确认,其第4条规定,“地方团体的基本权能应由宪法或法律予以规定。”《宪章》建立了迄今为止世界上惟一具有法律约束力的地方自治权区域性保障机制,其中包括缔约国信息汇报、专门机构监督等多种灵活的方式。

除《欧洲地方自治宪章》以外,地方团体国际联盟(IULA)在1985年首次通过、于1993年再次通过的《世界地方自治宣言》第2条也将地方自治定义为一种“权利与能力”。尽管该《宣言》不具有法律约束力,但却表明了不同政治、法律与文化群体在看待地方自主权方面的共识。

国际条约的确认与保障挑战了传统的国家主权至上论,有助于强化地方团体法人具有基本权利能力的结论,但也必须承认,一方面,这在欧洲以外还只停留在政治宣言的层面,另一方面,即使在欧洲,地

① Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Annabelle Pena - Soler, Otto Pfersmann, Joseph Pini, André Roux, Guy Scoffoni et Jérôme Tremau. *Droit des Libertés Fondamentales*. Paris: Dalloz (2007).

② 18 janv. 2001, Commune de Venelles c/ M. Morbelli, concl. Laurent Touvet. *Revue Française du Droit Administratif*, 2001 (2).

③ See Décision n° 2010 - 12 QPC du 02 juillet 2010 Commune de Dunkerque du Conseil Constitutionnel.

④ 这也体现在国际人权保障程序中,例如,《公民权利和政治权利国际公约第一任择议定书》第1条和第2条仅将个人来文程序的主体限定在“个人”,而人权委员会在解释实践中也不认可人民、少数人、教会、工会、政党、非政府组织、媒体企业和其他法律实体和群体利用向委员会来文的方式与侵犯人权的行为作斗争。参见[奥]曼弗雷德·诺瓦克《民权公约评注》(下),毕小青、孙世彦译,三联书店2003年版,第653页。

⑤ La Charte européenne de l'autonomie locale: une nouvelle chance pour la décentralisation à la française? p. 8.

方团体法人在国内宪法和国际法中的基本权利保障在很大程度上是相互隔绝的,远未像自然人人权的保障那样形成统一的体系。

二、地方团体法人基本权利能力的宪法学说

尽管随着宪法实践的变化,地方团体法人的基本权利能力逐渐被认可,但各国的宪法解释实践对此看法各异,因此,有必要结合宪法学说予以系统的审视。

(一) 传统的否定说及其修正

传统宪法学说认为权力与基本权利对立(至少不兼容),地方团体法人等公法人由于承担公共职能和公共任务只能成为“人权的防范对象和义务主体”^{[4] (P. 47)}。具体地说,可以将传统的否定说分解为以下三方面:(1)就基本权利的本质而言,基本权利的价值体系是建立在各个自然人的尊严与自由之上,而公法人的活动,却无法表现自然人的人性尊严与自由发展。(2)基本权利牵涉到个人对公权力的关系,国家不应自己同时为基本权利的权利人及相对人(义务人)。(3)公权力主体彼此之间权限或功能之侵犯,性质上属于权限争议,公权力主体之间的关系以解决彼此的冲突,应该不属于基本权利的内容,因为他们欠缺人的直接关联^{[5] (P. 108)}。这些理论一直是地方团体法人基本权利能力的最大障碍,我国目前通行的“法律形式说”虽然有条件地认可地方团体法人的基本权利能力,但仍未能摆脱这些理由的束缚。

周伟教授认为,公法人在不行使公权力的情况下可以作为基本权利主体,这包括两种情形,一是在诉讼权方面,当公法人被视为类似公民的“准私人地位”时,则可作为民事诉讼或行政诉讼的主体,一是公法人以其“组织整体”的立场,可享有与该法人的民事权利能力与行为能力相适应的基本权利。^{[6] (P. 12)}叶海波博士、秦前红教授亦提出,地方作为公法人得主张基本权利,但仅限于私经济行为,而不包括公权力行为,具体只有两种情形:“一是公法人从事私经济活动,实质上具有‘私人’的身份,而不是权力行使者”;“二是公法人认为其私法权利受到侵犯(可能是公权力者的侵害,也可能是私人的侵犯,后者较少),请求救济,相关国家机关拒绝受理案件,导致公法人的相关诉讼权利受到侵犯”^{[7] (P. 104)}。上述学说强调“不行使公权力”和“私经济行为”,显然是认为公权力行为与基本权利不能相容。

事实上,我国宪法学说对公法人的基本权利能力尚缺乏深入系统的研究,在否定论和法律形式说以外难于见到其他学说。相比之下,法德的基本权利学说可以作为借鉴。法国宪法学界对地方团体法人的基本权利能力持较为宽松的立场,例如,法沃赫和鲁(André Roux)两位教授认为,地方团体法人在实践中“经常处在保护其权利免受国家的或它们相互之间的侵害的处境中”,因此概括地认可地方团体法人的基本权利能力。^①而德国学说则通常较为保守,除概括的否定说以外,常见的折衷说有“法律形式说”、“特殊之独立地位说”、“自治行政权说”和“制约服从关系说(基本权利典型之受危情况)”等,此外还存在未被接受的全面肯定说。周伟教授提出的“组织整体”的立场,若去掉“不行使公权力”的限制,似乎较为接近“特殊之独立地位说”,但其“组织整体”是否以独立性为要件,则未言明。

(二) 彻底抛弃传统的否定说

“法律形式说”存在固有缺陷,因为私经济行为与公权力行为之间并无截然界限,公法人作为依公法而成立的公共任务担当者,不可能有单纯的私经济行为,而且法律形式说对地方团体法人的性质缺乏了解,有混淆地方团体法人的行为性质与结构之嫌。举例而言,某镇作为团体法人决定出售其公产,虽为典型的“私经济行为”,但也是实现公共任务的手段。地方团体法人的所有行为,即使是出售公产的行为,都必然经历复杂的权力过程,可能先由镇人大表决通过,镇长否决之,提交镇民大会公决,镇民大会公决通过,最后形成一项法案交由镇长具体执行,分别涉及镇人大的议决权、镇长的否决权、镇民大会

^① Louis Favoreu, André Roux. *La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?* Cahiers du Conseil Constitutionnel 2002(12).

的公决权以及镇长的执行权。因此,在理解地方团体法人之行为的法律性质与结构时,必须确定一个观察基点,其行为在内部观察中是一系列的权力与权限作用,在外部观察中则是免于国家干涉的自主事务领域,并具有自由权的属性。德国联邦宪法法院在以往判例中一再强调权限与权利不能兼容的观念,但其判例认可的三项例外,即教会、公立大学(与其学院)以及公法上之广播电视机构法人,又何尝不是内在权限与外部权利的统一体呢?

因此,“承担公共任务即不得主张权利之享有”实为对地方团体法人的性质认识不足,基于同一理由,笔者也不能同意传统否定说所提出的三项具体理由:

(1) 基本权利的价值体系确以自然人的尊严和自由为基础,但若断言地方团体法人的活动不能展现自然人的人性尊严与自由发展则失之偏颇。在近代西方地方自治史中,城市曾担当对抗君主专制、保障个人自由的作用。即使在现代政治中,地方(尤指基层)也通常寄托当地人民的本地荣誉感及其对本地方历史、文化和传统等的认同,这些住民情感与个体尊严和自由密不可分。地方团体法人绝非国家统治制度的环节,而是个人尊严与自由的延伸,并得与个人一道处在抵御国家侵害的境地。

(2) 支持地方团体法人的基本权利主体资格,并未改变国家作为基本权利的义务人的宪法地位,事实上,这反而增加了国家的义务,国家在传统的人权义务以外,更须负担尊重、保障和实现地方自主权的义务。在地方分权体制中,国家与地方团体法人是不同的法律主体,只要厘清其相互间的法律关系,承认地方团体法人的基本权利主体资格并不会造成基本权利理论的混乱。

(3) 对于公法人的权限问题,笔者认为,不同公法人之间(如地方团体法人与国家)并不存在所谓的“权限争议”,而只有“权利争议”,权限争议应当是同一公法人内部不同机关之间才可能发生的。^①在比较宪法中,地方团体法人与国家的争议总以基本权利救济程序处理,即使德国联邦宪法法院不承认地方团体法人的基本权利能力,但其处理国家侵害乡镇自主权的形式也是基本权利庭的宪法诉愿,而不是国家法庭的机关权限争议程序。诉愿权的取得必然以存在某项基本权利为前提,相应地,提起宪法诉愿者也必须能主张其自身的基本权利遭受侵害,这才符合宪法诉愿权能的程序合法要件。

(三) 地方团体法人基本权利能力的条件

前文虽推翻了传统的否定说,但并不意味着无条件地认可地方团体法人的基本权利能力,笔者认为,它需要同时满足“团体”和“独立性”两项要件。

1. “团体”要件,即地方团体法人不能向作为其构成要素的住民主张基本权利,只能在法人团体的意义上对外主张,也就是“向‘另一公法人’(通常是狭义之国家)主张之”。^{[1] 3 P. 296}这一结论也可以推及国家,国家作为公法人不得在国内公法上主张其基本权利,但它在国际公法上却是具有权利能力的国际行为者,可以向国际社会主张其基本权利。^②

我国的宪法与国际法理论基本上是相互割裂的,再加上公法人的概念本身又缺乏研究,因此,各类公法人的权利能力等常常在理论上处于模糊状态。德国学者施密特(Carl Schmitt)也赞同国家在公法上享有基本权利,这是在两个意义上而言的:国家在国际法上的“基本权利”,联邦内部各个成员的基本权利^{[8] 3 P. 185}。在我国台湾地区,公法理论常认为,国家的公权利存在于国际公法领域,但在国内公法乃不得主张基本权利^{[9] 3 P. 260}。由此看来,在一般意义上,也不能否认国家作为公法人的基本权利,只是它

① 以国家而论,权限争议可能表现为中央国家机关相互之间的横向权限争议,也可能表现为国家的中央机关与国家的权力下放机关的纵向权限争议。

② 在18世纪以来所流行的观念中,每个国家,作为国际社会一个成员的资格,具有特定的基本权利,如生存权、自卫权、平等权、独立权、属地的和属人的优越权、交往权和名誉权等,国家的基本权利和义务甚至被韦特罗斯(Verdross)等视为实在国际法所据以建立的基础,凯尔森将这种观念看作是自然法学说在国际关系中的应用,当然,凯尔森并非反对国家的基本权利和义务,他主张从规范主义的纯粹法出发,认为国家的基本权利和义务只存在于“已由具有习惯性质的一般国际法所规定这一范围内”,因为实在法律秩序是国家的基本权利与义务的基础,而不是相反。参见[奥]凯尔森《法与国家的一般理论》沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第276~277页。

必须满足特定的条件。

2. “独立性”要件,即地方团体法人须得在法律上与国家保持分立与分离,正如个人与国家的分立与分离一样。斯特恩(Klaus Stern)教授提出,公法人惟具有独立于国家的法律地位,从而拥有“独立于国家之外的发展空间”^①时,才存在基本权利能力的问题。若是地方团体法人从属于国家,其活动在法律上只能是国家作用的延伸,作为国家整体的一部分也就不存在基本权利能力的问题。

由于“独立性”要件的设定,可以在以下两种情形中排除地方团体法人的基本权利能力:一是地方团体法人的“独立性”存有瑕疵,地方团体法人的独立性通常会随其层级而存有差异,一般而言,高层的地方团体法人由于与国家作用较为接近,国家会出于某些政治考虑而在不同程度上限制甚至否定其独立性,令其成为国家职能的延伸;另一情形是地方团体法人虽具有充分的“独立性”,但在从事法定委任事务或机关委任事务时,地方团体法人的活动是为了实现国家作用或国家服务,其以受托人的身份要当然地受到国家的监督与指令,类似地,当个人受国家委托从事公共任务时,在受委托的范围内也不得就国家之监督措施主张基本权利。

在“团体”与“独立性”这两项要件之外,也有必要强调,地方团体法人的基本权利能力与私法人一样只能以“依其本质得适用者”为限,这排除了与自然人生理和伦理紧密相关的领域。在现代地方制度法实践中,由于地方团体法人(尤其是基层地方团体)通常都是具有独立性的法人团体,因此,在一般情况下都具有基本权利能力。故此,本文的基本观点可以称为“有节制的肯定论”。

三、地方在我国现行宪法规范体系中的地位

作为比较宪法中的一个基础性课题,地方团体法人的基本权利能力也潜藏在我国宪法文本中。

(一)我国宪法基本权利主体仅限于自然人吗?

从现行宪法第二章的标题中可以明显感觉到,基本权利是与“公民”直接联系在一起的,自然人(尤其是公民)作为我国宪法基本权利的主体是没有疑义的,但我国的宪法学说却较少注意法人的基本权利主体地位,私法人的基本权利能力经常被忽视或否定,更毋论公法人的基本权利能力了。杜强强博士认为,在我国宪法中,“基本权利主体都是公民”,而且“也很难通过宪法解释,将‘公民’概念扩大到企业事业组织,因为这种解释已经超越了‘公民’这个术语所可能具有的含义”。^{[10] P. 21}这种看法似乎过于狭隘地理解了我国宪法的基本权利条款。正如前文所指出的,在分析基本权利条款时,不应仅将视野局限在宪法的“基本权利”章,而应综合分析整个宪法文本。必须注意到,我国现行宪法在总纲部分也包含数量不少的基本权利的条款。例如,总纲第16条确认了国有企业的自主经营权,该条在1993年修宪以前曾采取“国营”企业的表述,对此,杜强强博士认为,“占据国民经济‘主导地位’的国营企业在当时不过是政府权力在经济生活中的自然延伸”,因此宪法不可能承认其基本权利主体地位^{[10] P. 21},笔者以为这一结论值得商榷,政治判断不应代替法律判断,“自主经营权”的表述在法律上已经足够明确,国有抑或国营均不影响其权利本质,作为对比,在法国,即使是那些国有或国营的公用事业企业,也都以法人外型被宪法委员会承认为基本权利主体。

除第16条以外,总纲中还有大量条款涉及基本权利,因此,我国宪法基本权利的主体极为广泛,并不局限于第二章的公民,还包括外国人和无国籍人,以及法人。^②当然,这一点似乎是不应忽视的:与德国《基本法》制定时专门审慎地讨论是否以及如何赋予法人的基本权利主体地位相比,我国1982年的

^① Klaus Stern, Die verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften in der Elektrizitätsversorgung S. 54(1966).

^② 以下条款包含基本权利规范:在第8条第3款中,可以容易地找到农村集体经济组织的基本权利;在第9条中,可以找到农村集体对特定自然资源的所有权;在第10条中,可以找到农村集体对土地的所有权;第11条第2款明确地保障个体经济、私营经济等非公有制经济的权利;第17条确认了集体经济组织的经济活动的自主权;第18条确认了外国的企业和其他经济组织(在中国)从事经济活动的自由,作为对比,德国基本法第19条第3款也仅限于“国内”法人,我国宪法的突破性非常值得注意;第32条确认了外国人的基本权利主体地位,其内容上自然应当与公民存有适当差别,应不包含政治权利等,但与公民相比,而多了请求庇护的权利;最后,在对第32条的解释上,似乎也有充分理由将其扩及无国籍人。

修宪者(也包括1954年的制宪者)更多地具有大众化、而非学理性的倾向,似乎只是基于一种朴素的大众认知、而非规范外化的宪法理论认可了如此广泛的基本权利主体。

(二) 我国宪法中的地方权利与地方机关权力

我国宪法关于地方制度的规定采取了一种颇值玩味的表述方式,在规范民族自治地方时采取了“权利”表述,在规范地方机关时则采取了“权力”表述。

1. 民族自治地方的“权利”

现行宪法第4条和第89条第11项在涉及民族区域自治时,直接使用了“权利”和“自由”的表述。其第4条有“国家保障各少数民族的合法的权利和利益”和“各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由,都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由”的规定。以第4条的规定为基础,第89条在列举国务院的职权时,有如下规定:“保障少数民族的平等权利和民族自治地方的自治权利。”(第11项)此外,宪法第4条、第115条和第117条使用了“自治权”,但未言明其为“权利”或“权力”。

从宪法学上看,对于现行宪法所规定的民族区域自治,传统上人们常常否定其权利属性,如认为,民族区域自治权在严格意义上“只具有国家权力的性质,不宜纳入基本人权的范畴”。^{[11] (P. 206)}笔者认为,宪法文本是客观的,既然它明文确定民族区域自治为受“保障”的“权利”与“自由”,其“权利”属性实难否定。

2. 地方国家机关的“权力”

与上述情况形成对比的是,现行宪法在规范地方国家机关时,则使用了“权力”和“权限”的表述,前者是“地方国家权力机关”(第96条)、“国家权力机关的执行机关”(第105条),后者是“法律规定的权限”(第99条、第104条和第107条)。此外,两部特别行政区基本法都在第2条规定,特别行政区依照基本法实行“高度自治”(a high degree of autonomy),享有“行政管理权”、“立法权”、“独立的司法权和终审权”。

值得注意的是,关于民族自治地方的自治机关,宪法未继续使用“权利”或“自由”,而是使用了“职权”与“权限”来形容“自治权”(第115条)。

(三) 地方是基本权利主体抑或是国家统治整体的组成部分?

除上述以外,宪法第111条在规范基层群众性自治时未明确基层群众性自治权为权利或权力。综上,现行宪法关于各地方之定位表现为权利、权力和表述不明三种“捉摸不定”的形式。笔者认为,这些形式背后所隐藏的规律是,当宪法将地方视为一个团体时,地方为权利主体,当穿透团体而规定其机关时,地方机关为权力主体。二者并不矛盾,正如前文所述,地方团体法人法律行为的性质要视观察基点而定,当从内部观察时,其机关之间的行为是权限与权力关系,当从外部观察时,其整体的行为则表现为权利与自由。那么,现行宪法是否有意赋予各地方以基本权利能力?

这可以分别以团体要件和独立性要件来衡量:就团体要件而言,除民族自治地方外,现行宪法基本上没有将地方视为法人团体的意图,尤其是宪法第三章第五节的标题表明,宪法规范的对象是地方机关的权限,而不是地方本身,宪法所调整的是国家机关与各级地方机关的权力关系,而非国家与各地方的公法人间权利关系,因此,现行宪法没有将各省、市、县、乡镇等行政区域视为法人团体的意图;从独立性要件来看,现行宪法关于各地方的事务权,并没有与国家事务相分离,地方各级人大既要“审查和决定地方的经济建设、文化建设和公共事业建设的计划”,也要“在本行政区域内,保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行”(第99条),地方各级人民政府既要“管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作”(第107条),也要服从上级行政机关和国务院的“领导”(第110条),因此,地方机关(包括民族自治地方的自治机关)同时承担着地方事务与国家事务。

两方面的考察都说明,各地方既无法类于比较法上的“公法人”,更不构成基本权利主体,非常明

确的反而是,各地方是国家统治整体的组成部分。

四、回应中央与地方关系的法治化

与传统的地方团体法人基本权利能力否定论相关联,传统宪法将其结构建立在国家整体论的基础上,在这种宪法结构中,地方只是国家的附属物,地方团体法人找不到独立的生存空间,更不可能被认定为基本权利主体。因此,地方团体法人独立性的增强,乃至被赋予基本权利能力,暗示着中央与地方关系的深刻变革。对于我国中央与地方关系的法治化,比较宪法发展所揭示出来的原理亦有反思与借鉴意义。

(一) 地方团体法人与国家的分立

在现代福利国家背景下,公共服务与公共事务在数量上激增,严重超出国家的掌控能力,因此,地方团体法人将地方事务从国家手中接替过来,自我负责地予以处理,从而在国家以外获得独立的生存空间,地方分权成为现代公法体制的基本结构。公务分权亦同。现代公法关系和公法结构已经远非传统的国家整体论,而是朝多元化的方向稳健发展。除公法人本身的多元化以外,私法人也日益承担各种公共服务职能,国家和各级地方团体法人通过设立专门的私法人(即公设私法人),或者借助与私法人合作、联营、委托等方式来实现不同层次的公共服务,行政任务日益通过私法人转移到社会各个层次,是为晚近行政法领域所谓的“行政任务私法化”。在此意义上,公法人与私法人的区分基础已经动摇,相应地,传统的公法人基本权利能力否定说也已经丧失社会基础。

在新的社会环境与公法结构中,欲使地方分权有效成立,就必须承认地方团体法人在法律上的独立性,并且防止国家凭借其强势地位而损害其自主地位。从根本上说,中央与地方关系的明晰化,要求以事权为中心,适当地划分国家与各地方的财政权、人事权、行政权甚至立法权,以求得公共任务的妥善分配及处理。因此,地方团体法人获得了立法、行政、人事组织、处分财产、从事各种法律活动、起诉或被诉的资格,并且得到了宪法典的明文承认和保障,权利化的地方自治造就了权责清晰的地方团体法人。舍此,则地方与国家的事权界分不清、组织重叠、责任不明,扞格在所难免。这就要求承认和保障地方团体法人独立于国家的权利能力,并且承认它们得对国家主张其基本权利。更何况,地方团体法人所肩负的不仅是分担国家的事务压力,更含有地方民主、基层建设与权利维护等价值。

然而,我国宪法所设计的中央与地方关系仍然是一条鞭式的混沌整体,远未将地方建构为处理地方事务的法人团体,地方不仅与中央在事权分配上不够明确,而且在财政、人事等其他方面亦相互牵连。与其他国家相比,我国同样处于福利国家的时代背景下,单以立法为例,国家“一肩承担”摆在它面前的“如此庞大的立法任务”^{[12] P. 62)}就已经超出可能的限度,更何况公共事务繁杂程度远不止于此。笔者认为,应当从宪法层面确立地方作为具有独立事务权的法人团体,这是中央与地方关系明晰化的宪法基础。

与此相对应,我国行政法体系也应该逐渐转变关于行政主体的观念,采取公法人制度,将地方团体法人和国家作为行政主体,而不是将其机关作为行政主体,^①不仅因为单纯将机关作为法律主体会导致地方事务处理的官僚化,而且,以机关代替公法人本身极易导致国家侵害地方的事务自主权。^②

(二) 中央与地方关系法治化的未来

地方事务以地方团体法人的形式来处理,并获得基本权利的实体与程序保障,在宪法层面回应了中

① 由于我国行政法体系将各种行政机关作为行政主体,公法人在理论上常与其机关混淆在一起,如徐国栋教授指出,“国家管理机关都是公法人”,并且,“机关法人”为法人之一种,参见徐国栋《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第269页。公法人区别于它的机关,正如公司和公司的机关不能混淆一样。作为对比,依法德通说,国家、地方团体法人、公务法人等公法人为行政主体,其机关则作为公法人机关通常不具有独立的权利能力。

② 李昕博士提出,公法人制度的两项重要功能在于,一方面以法人格化的方式实现行政分权下的自治,另一方面以法人化的方式应对科层制的弊端,从而达到提高行政效率的改革目标。参见李昕《作为组织手段的公法人制度研究》,中国政法大学出版社2009年版,第101页。

央与地方关系的法治化。

首先,各地方与国家在法律上形成对等关系。这种对等关系抛弃了传统的行政从属或附属性,用对等、合作与信任置换了传统的强制、命令与敷衍(甚至欺骗)的内容,有利于地方制度的良性化。“上下级之关系首当其冲的是一种法律关系而非伦理关系,各次级治理团体是一种法律主体而非‘人格’否定性的存在”在宪法理论中明确地方团体法人的“基本权主体地位,并实现基本权的宪法保护,是基层政权建设的必由之路”。^[7](P.104)

其次,宪法的基本权利裁判程序使地方事权更有保障。地方团体法人的基本权利正如宪法所确认的其他基本权利一样,具有约束国家立法机关的效力,立法机关必须杜绝其立法对地方事权的可能侵害,相同的宪法义务也同时施加于国家行政机关。地方团体法人借助于宪法审查程序不仅维护了地方团体法人与国家的对等地位,而且能防止国家日益集中事权与财权的倾向,这实在是维护央地关系法治状态的必备机制。

最后,基于第二点但必须加以独立说明的是,将地方团体法人的事权纳入基本权利体系内,明显地传达了这样一个基本的法治信号:国家的立法机关和行政机关应当是法治所防范的对象。没有人会反对这一命题“政府的权力也要受法律的限制,这才是法治的实质意义。”^[13](P.76)体现在中央与地方关系中,国家的中央政府亦有行为的边界,必须服从宪法约束,尊重个人自由和地方自主权。若国家主权能打着全民意志的旗号成为不受国内公法约束的“利维坦”,对地方为所欲为,则中央与地方关系的法治化显然是无法想象的。

因此,对于我国而言,不仅需要通过地方团体法人的制度设置求得公共事务的妥善处理,而且,央地关系法治化的长远规则应该是一方面完善基本权利的宪法保障程序,另一方面,借助基本权利保障程序来对地方自主权予以根本的保障,在宪法层面形成中央与地方关系的调整结构,是为根本意义上的央地关系法治化。

参考文献

- [1] 李建良、刘淑范“‘公法人’基本权利能力之问题初探——试解基本权利‘本质’之一道难题”,载汤德宗《宪法解释之理论与实务(第四辑)》,台北中央研究院法律学研究所筹备处2005年版。
- [2] [德]马克斯·韦伯《非正当性的支配——城市的类型学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版。
- [3] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特《德国联邦宪法法院——地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社2007年版。
- [4] 曲相罪“人权主体论”,载徐显明《人权研究》(第一卷),山东人民出版社2001年版。
- [5] 法治斌、董保城《中华民国宪法》,台湾空中大学印行1997年版。
- [6] 周伟《宪法基本权利司法救济研究》,中国人民公安大学出版社2003年版。
- [7] 叶海波、秦前红“基层政权建设的若干思考——基于下级政府状告上级政府第一案的分析”,载《中国宪法学年刊》(2006年卷),法律出版社2007年版。
- [8] [德]卡尔·施米特《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版。
- [9] 法治斌“行政法律关系与特别权力关系”,载翁岳生《行政法》,中国法制出版社2000年版。
- [10] 杜强强“论法人的基本权利主体地位”,载《法学家》2009年第2期。
- [11] 南京大学法学院《人权法学》教材编写组《人权法学》,科学出版社2005年版。
- [12] 陈新民“中央与地方法律关系的变革”,载《法学》2007年第5期。
- [13] 龚祥瑞《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年版。

(责任编辑 孙国栋)